

Sygn. akt: KIO 1750/15

WYROK
z dnia 27 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk

Protokolant: Joanna Borowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 sierpnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 sierpnia 2015 r. przez **Odwołującego – CULTWARE Sp. z o.o., ul. Cietrzewia 33 lok. 22A, 02-492 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Uniwersytet Medyczny w Łodzi, Al. Kościuszki 4, 90-419 Łódź**,

przy udziale wykonawcy **ARFIDO Sp. z o.o., ul. Szkolna 10A, 62-081 Chyby**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,**
2. kosztami postępowania obciąża **ARFIDO Sp. z o.o., ul. Szkolna 10A, 62-081 Chyby**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **ARFIDO Sp. z o.o., ul. Szkolna 10A, 62-081 Chyby** na rzecz **Odwołującego** kwotę **18 600 zł 00** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Uniwersytet Medyczny w Łodzi – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 ze zm.) – dalej: Pzp lub Ustawa; postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę montaż, konfigurację systemu, wdrożenie informatyczne oraz przeprowadzenie szkoleń systemu ochrony zbiorów pracującego w oparciu o technologię RFID HF dla Uniwersytetu Medycznego w Łodzi w ramach projektu „Farmacja i biotechnologia w XXI wieku - kompleksowa przebudowa oraz modernizacja infrastruktury Dydaktyczno-Naukowej Uniwersytetu Medycznego w Łodzi.”, znak: ZP/35/2015.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 maja 2015 r., nr: 2015/S 100-182091.

W dniu 7 sierpnia 2015 r., Zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty (oferta nr 2 złożona przez wykonawcę ARFIDO Sp. z o.o., ul. Szkolna 10A, 62-081 Chyby) oraz o wykluczeniu wykonawcy CULTWARE Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz o odrzuceniu oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W dniu 14 sierpnia 2015 r. Odwołujący – CULTWARE Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności / zaniechania czynności przez Zamawiającego, zarzucając Zamawiającemu:

- 1) niezgodne z przepisami Pzp wykluczenie Odwołującego i uznania jego oferty za odrzuconą pomimo wykazania przez Odwołującego w sposób wymagany przez Zamawiającego spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- 2) niezgodne z przepisami Pzp odrzucenie oferty Odwołującego pomimo tego, że oferta Odwołującego odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

- 3) niezgodne z przepisami Pzp zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty;
- 4) niezgodne z przepisami Pzp zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia oświadczenia na formularzu załącznika nr 2.1.;
- 5) niezgodne z przepisami Pzp zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie;
- 6) niezgodne z przepisami Pzp wybranie jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy ARFIDO Sp. z o.o. ul. Szkolna 10A, 62-081 Chyby, podczas gdy najkorzystniejszą ofertą niepodlegającą odrzuceniu jest oferta Odwołującego.

W związku z powyższym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp i art. 24 ust. 4 Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego i uznanie jego oferty za odrzuconą wobec niewykazania przez Odwołującego - zdaniem Zamawiającego - braku podstaw do wykluczenia w zakresie niekaralności członka zarządu Odwołującego, który przedstawił zaświadczenie wydane przez właściwy organ na Węgrzech wystawione w terminie 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, z tym że złożone po upływie 90 dniowej ważności tego dokumentu zgodnie z przepisami prawa węgierskiego;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp i art. 24 ust. 4 Pzp poprzez jego zastosowanie i wykluczenie Odwołującego oraz uznanie jego oferty za odrzuconą wobec niewykazania przez Odwołującego - zdaniem Zamawiającego - dysponowania wymaganą wiedzą i doświadczeniem, a to wobec posłużenia się zobowiązaniem podmiotu trzeciego do udostępnienia wiedzy i doświadczenia Odwołującemu i jego konsorcjantom, natomiast złożenia oferty samodzielnie przez Odwołującego, podczas gdy okoliczność złożenia oferty samodzielnie przez Odwołującego nie ma wpływu na skuteczność tego oświadczenia czy na możliwość jego zastosowania w tym postępowaniu, oraz że nie zostało ono odwołane przez podmiot trzeci;
- 3) art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie uzupełnienia w ofercie Odwołującego wskazanych w wyjaśnieniach roczników produkcji oferowanego sprzętu w załączniku nr 2.1.;
- 4) art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia:

- a) oświadczenia na formularzu załącznika nr 2.1.;
 - b) wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie;
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo nie zajścia niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, w szczególności w zakresie lat produkcji oferowanego sprzętu;
- 6) art. 91 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy ARFIDO Sp. z o.o. ul. Szkolna 10A, 62-081 Chyby, podczas gdy najkorzystniejszą ofertą dla części II zamówienia niepodlegającą odrzuceniu jest oferta Odwołującego.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

- 1) nakazanie Zamawiającemu:
- 1) unieważnienia czynności wykluczenia wykonawcy CULTWARE spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (02-492), przy ul. Cietrzewia 33 lok. 22A z postępowania;
 - 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty wykonawcy CULTWARE spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (02-492), przy ul. Cietrzewia 33 lok. 22A;
 - 3) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę ARFIDO Sp. z o.o. ul. Szkolna 10A, 62-081 Chyby;
 - 4) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty CULTWARE spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (02-492), przy ul. Cietrzewia 33 lok. 22A;
- 2) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu poniesionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, według rachunków przedstawionych na rozprawie.

Odwołujący wniósł jednocześnie o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów w postaci:

- 1) informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z Rejestru Przedsiębiorców KRS Odwołującego na okoliczność ustalenia osób upoważnionych do reprezentowania Odwołującego;

- 2) informacji z dnia 7 sierpnia 2015 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej, wykluczeniu odwołującego, odrzuceniu oferty Odwołującego na okoliczność interesu Odwołującego we wniesieniu odwołania;
- 3) protokołu postępowania i załączników do niego w szczególności oferty Odwołującego, korespondencji prowadzonej pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym w toku badania oferty na okoliczność wykazania przez Odwołującego zgodnie z wymogami SIWZ spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz złożenia oferty zgodnej w swej treści z treścią SIWZ;
- 4) ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji istotnych warunków niniejszego zamówienia na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono:

W odniesieniu do zarzutu niezgodnego z przepisami Pzp wykluczenia Odwołującego pomimo wykazania przez Odwołującego w sposób wymagany przez Zamawiającego spełnienia warunków udziału w postępowaniu:

1. w kwestii zaświadczenia o niekaralności:

Wskazano, że Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania wobec złożenia przez Odwołującego zaświadczenia o niekaralności dla Wiceprezesa Zarządu mającego miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej wystawione przez Centralny Urząd Administracyjny i Usług Elektronicznych Węgier w dniu 10 stycznia 2015 r., który zgodnie z informacją zawartą na samym dokumencie, jest ważny 90 dni.

Wyjaśniono, że Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia tegoż dokumentu. W odpowiedzi Odwołujący złożył ponownie taki sam dokument wyjaśniając, że Zamawiający niesłusznie uznał dokument za niezłożony.

Uzasadniając wykluczenie Odwołującego z przywołanego powodu Zamawiający wskazał, że treść i ważność dokumentu winna być określana według regulacji prawnych obowiązujących w kraju, którego organ wydał dany dokument. Nie poparł jednak tego twierdzenia żadnym. Z takim stanowiskiem Zamawiającego Odwołujący nie zgodził się. Podniesiono, że do wiceprezesa zarządu CULTWARE sp. z o.o., który jest urzędującym członkiem organu zarządzającego spółki mającej siedzibę na terytorium RP, ale sam ma miejsce zamieszkania poza terytorium RP zastosowanie znajduje § 3 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów, który stanowi, że „jeżeli, w przypadku wykonawcy mającego siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, osoby, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 5-8, 10 i 11 Pzp, mają miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, wykonawca składa w odniesieniu do nich zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania, dotyczące niekaralności tych osób w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 5-8, 10 i 11 Pzp, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed

upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert, z tym że w przypadku gdy w miejscu zamieszkania tych osób nie wydaje się takich zaświadczeń - zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania tych osób lub przed notariuszem". Ten przepis został powielony przez Zamawiającego w treści SIWZ w pkt IX B. 8. SIWZ.

Argumentowano następnie, że zarówno w § 3 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów jak i w pkt IX B. 8. SIWZ nie pada słowo „aktualny”, a przydatność, skuteczność tego „zaświadczenia” dla potrzeb polskiego prawa zamówień publicznych zależy jest jedynie od tego, czy zostało wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Zaświadczenie spełniające te wymogi Wykonawca załączył do oferty.

Sformułowanie „aktualność” które pojawia się w rozporządzeniu tylko do dookreślenia dokumentu polskiego nie oznacza jego „ważności”, a odnosi się do zgodności treści dokumentu z rzeczywistym stanem. „Ważność” dla potrzeb postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określa się jedynie poprzez ustalenie czy przedstawione zaświadczenie zostało wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Ta „ważność” to de facto „domniemanie aktualności” dokumentu. „Aktualność” dotyczy nie daty wystawienia, a zgodności z rzeczywistym stanem faktycznym, tzn. ma to zapobiegać sytuacji, gdy wykonawca złożyłby dokument wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert ale już nieaktualny, tj. niezgodny z rzeczywistością, jako że np. w międzyczasie uprawomocnił się wyrok skazujący. Takie zaświadczenie, mimo że wystawione w wymaganym terminie byłoby nieaktualne z uwagi na niezgodność jego treści z rzeczywistym stanem.

Odwołujący podniósł także, że ani rozporządzenie w sprawie dokumentów, ani SIWZ w niniejszym postępowaniu nie wymagają od wykonawcy złożenia wobec cudzoziemca wchodzącego w skład organu zarządzającego „dokumentu wystawionego w terminie wynikającym z przepisów kraju wystawienia” czy „dokumentu wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, chyba że przepisy kraju wystawienia określają krótszy termin domniemanie aktualności dokumentu”. Przepisy rozporządzenia w sprawie dokumentów takich zapisów nie używają, a to wobec zakazu dyskryminacji wykonawców zagranicznych lub wykonawców z elementem zagranicznym, jaki to zakaz wynika z unijnych dyrektyw zamówieniowych. Stąd unifikacja i - zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców i pochodnym wobec tej zasady zakazem dyskryminacji wyrażonymi w art. 7 ust. 1 Pzp - jeden dla wszystkich - 6 miesięczny termin domniemanie aktualności zaświadczenia niezależnie od miejsca jego wystawienia.

Wskazano następnie, że wykluczenie wykonawcy mimo złożenia dokumentu formalnie zgodnego z wymogami rozporządzenia czy SIWZ (zachowanie 6 miesięcznego terminu),

może mieć miejsce jedynie w sytuacji, gdyby ujawniła się okoliczność prawomocnego skazania podmiotu, które to prawomocne skazanie nastąpiłoby po wydaniu zaświadczenia (tj. dezaktualizowało je) lub gdyby treść zaświadczenia nie oddawała celów art. 24 ust. 1 Pzp. Wykluczenie wykonawcy z powodów wskazanych przez Zamawiającego w zawiadomieniu o wykluczeniu, pomimo złożenia przez Wykonawcę dokumentu spełniającego wymogi postawione przez przepisy prawa zamówień publicznych oraz SIWZ stanowi dyskryminację wykonawcy na etapie badania ofert.

Odwołujący wskazał, że wyroki zbieżne z koncepcją Zamawiającego zapadały w Polsce wiele lat temu. Bieżąca linia orzecznicza KIO w tym zakresie jest zgodna ze stanowiskiem Odwołującego oraz zgodna z tendencją unifikowania wymogów wobec wykonawców na terenie całej UE. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 18 grudnia 2012 r. KIO 2660/12 KIO zajmowała się dokumentem potwierdzającym opłacanie składek na ubezpieczenie społeczne złożonym przez wykonawcę zagranicznego - dokument został wystawiony w terminie 3 miesięcy przed upływem terminu składania ofert ale potwierdzał brak zaległości w dacie wcześniejszej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający wykluczył wykonawcę. KIO uznała, że niezasadnie, jako że rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów wymaga, żeby dokument był wystawiony w terminie 3 miesięcy i nie stawia innych wymogów. Analogicznie w sprawie KRK ważne jest tylko, że zostało wystawione w terminie 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Rozporządzenie nie stawia innych wymogów.

W uzasadnieniu wyroku z dnia 9 lutego 2012 r. KIO 168/12 Krajowa Izba Odwoławcza podniosła, że *„należy też zwrócić uwagę, że art. 24 ust 1 pkt 4-8 ustawy Prawo zamówień publicznych odnosi się ogólnie do skazania za wymienione rodzaje przestępstw, niezależnie od kraju ich popełnienia, zatem czy to informacja z Krajowego Rejestru Karnego, czy zaświadczenie z rejestru innego państwa, z samego założenia nie będzie informacją kompletną z punktu widzenia art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Prawo zamówień publicznych, lecz dotyczącą, co do zasady, kraju rejestru. Nie obejmuje też sytuacji, w której dana osoba zmieniała kraje zamieszkania. Poza tym każde zaświadczenie, hiszpańskie, polskie czy innego kraju, z rejestru, organu skarbowego czy ubezpieczeń społecznych itp. instytucji zawiera informacje aktualne na dzień jego wystawienia - jest to oczywiste, dodatkowo dopuszczając "termin ważności" 3 - tub 6 - miesięczny ustawodawca "zezwala" na taką lukę (choć zastrzega też, że mimo wszystko musi być ono także "aktualne" - § 2 pkt 2- 6 rozporządzenia)". (...) „Co zaś do terminu ważności zaświadczenia z Registro Central de Penados, został on jednoznacznie określony § 4 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane - jako 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert (lub*

wniosków) i zaświadczenia wystawione w takim terminie wykonawcy przedstawili". KIO podtrzymała decyzję Zamawiającego o wyborze wykonawcy, który przedstawił taki dokument. W uzasadnieniu wyroku z dnia 29 czerwca 2012 r. KIO 1010/12; KIO 1034/12; KIO 1035/12; KIO 1037/12; KIO 1038/12: Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że „w ocenie Izby wymóg złożenia zaświadczeń odnoszących się do braku zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego dotyczy sytuacji, gdy takie dokumenty są wydawane, przy czym zasadnym jest uznanie, iż muszą być one wydawane przez cały ustalony polskimi przepisami okres ich ważności, tj. 6 miesięcy, aby zrównać sytuację wszystkich wykonawców w Postępowaniu. W przeciwnym razie mogłoby dojść do tego, że wykonawca wezwany do uzupełnienia dokumentów co do braku podstaw do wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp przedstawi takie samo w treści oświadczenie, ale złożone w innej wcześniejszej dacie. W ocenie Izby brak jest przesłanek, iż nie mógłby tak uczynić, skoro przepisy polskie przewidują 6 miesięczny okres ważności dokumentu. Trudno przyjąć, iż w takiej sytuacji wykonawca wobec zmienionych w Hiszpanii przepisów musiałby legitymować się wyłącznie zaświadczeniem, choć wydawane były one tylko przez trzy miesiące z sześciu. Zdaniem Izby należy uwzględnić cel, dla którego dokument jest składany, tj. potwierdzenie faktu niekaralności podmiotu ubiegającego się o zamówienie, a nie aspekt wyłącznie formalny”.

2. w zakresie dotyczącym zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia Odwołującemu wiedzy i doświadczenia na czas realizacji zamówienia.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, jako że Odwołujący posłużył się zobowiązaniem podmiotu trzeciego, w którym podmiot ten udostępnił wiedzę i doświadczenie Odwołującemu „i jego konsorcjantom”, a Odwołujący w efekcie złożył ofertę samodzielnie.

Podkreślono, że Zamawiający nie wyjaśnił, gdzie upatruje związku pomiędzy treścią złożonego zobowiązania, samodzielnym złożeniem oferty przez Odwołującego a niewykazaniem spełnienia przez Odwołującego warunku posiadania wiedzy i doświadczenia.

W przekonaniu Odwołującego, tak jak realizujące zamówienie konsorcjum nabywa wiedzę i doświadczenie, którym w pełnym zakresie może się legitymować każdy z konsorcjantów osobno, tak w przypadku udostępnienia wiedzy i doświadczenia grupie kilku podmiotów, w sytuacji złożenia oferty finalnie przez jeden z nich, ten jeden może się udostępnić wiedzą i doświadczeniem legitymować w pełnym zakresie.

Wskazano następnie, że zobowiązanie nie było warunkowe, nie uzależniało swojej skuteczności od złożenia oferty przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zobowiązanie nie zostało także odwołane.

Dodatkowo argumentowano, że stanowisko Zamawiającego odnośnie wskazanego dokumentu nie powinno skutkować automatycznym wykluczeniem Wykonawcy, a wezwaniem

Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp do złożenia wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Zamawiający ma bowiem obowiązek wezwać Wykonawcę do złożenia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp w sytuacji, gdy wykonawca dokumentów nie złożył lub gdy złożone dokumenty zawierają błędy. Takiego wezwania Zamawiający do Odwołującego nie wystosował.

W odniesieniu do zarzutu niezgodnego z przepisami ustawy Pzp odrzucenia oferty Odwołującego, pomimo, że oferta Odwołującego odpowiada treści SIWZ

Podniesiono, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wskazując w uzasadnieniu, że Zamawiający wymagał w SIWZ wskazania roku produkcji oferowanych urządzeń, czego Odwołujący nie zrobił.

Zamawiający w trybie art. 87 ust. 1 Pzp wzywał Odwołującego do wyjaśnień w tym zakresie. Odwołujący wyjaśnił, że nie podał informacji o roku produkcji niektórych z elementów systemu RFID przez niedopatrzenie, omyłkę, a następnie sprecyzował, że wszystkie oferowane elementy są wyprodukowane w 2015 r.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty wskazał, że dokument stanowiący załącznik nr 2.1. odnosi się bezpośrednio do przedmiotu przyszłego zobowiązania Wykonawcy oraz w znaczeniu formalnym jest częścią oferty rozumianej jako oświadczenie woli wyrażające zobowiązanie do określonego wykonania zamówienia. Podniósł, że skoro dokument ten stanowi merytoryczną część oferty i konkretyzują oferowany przez Wykonawcę przedmiot zamówienia, po upływie terminu składania ofert, w przypadku wystąpienia braku w takim dokumencie nie jest możliwe jego uzupełnienie, jako że doszłoby do niedozwolonej zmiany treści oferty, a treść oferty nie podlega zmianom i uzupełnieniom.

Odwołujący wskazał, że w związku z powyższym pojawia się wątpliwość odnośnie celu skorzystania przez Zamawiającego z art. 87 ust. 1 Pzp. Co więcej pojawia się także wątpliwość dotycząca *ratio legis* wprowadzenia przepisów art. 87 ust. 1 Pzp czy 87 ust. 2 Pzp, skoro nie można ich zdaniem Zamawiającego wykorzystać do zmiany, uzupełnienia treści oferty. Zamawiający nie wskazał, w jakim zakresie, z jakim punktem SIWZ niezgodna jest treść oferty złożonej przez Odwołującego. Zamawiający w żadnym punkcie SIWZ nie stawiał wymogów co do lat produkcji sprzętu. W opinii Odwołującego złożona przez niego oferta jest zgodna z treścią SIWZ.

W odniesieniu do zarzutu niezgodnego z przepisami ustawy Pzp zaniechania poprawienia w ofercie Odwołującego innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty

Odwołujący podniósł, że zarzut ten stawiany jest jako ewentualny, gdyż w ocenie Odwołującego do niezgodności treści oferty z treścią SIWZ nie doszło. Natomiast jeśli uznać, że taka niezgodność miała miejsce, w przekonaniu Odwołującego zastosowanie w tym przypadku winien znaleźć przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Poprawienie dostrzeżonych przez Zamawiającego braków, po uzyskaniu wyjaśnień od Odwołującego, nie spowodowałyby istotnych zmian w treści oferty. Taka zmiana nie byłaby zmianą istotną, jako że Zamawiający nie miał bowiem żadnych preferencji odnośnie lat produkcji sprzętu, nie zbudował na tym zagadnieniu kryterium oceny ofert. Nie bez znaczenia jest też to, że w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień Odwołujący wskazał, że oferuje najnowszy dostępny na rynku sprzęt - wyprodukowany w 2015 r.

W odniesieniu do zarzutu niezgodnego z ustawą Pzp zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia oświadczenia na formularzu załącznika nr 2.1.

Odwołujący wskazał, że Formularz załącznika nr 2.1. został przez Odwołującego parafowany. Zamawiający w pkt IX C. SIWZ wymagał, by dokument ten został przez oferenta podpisany. W pkt IX C. SIWZ Zamawiający wskazał, że: „W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego w niniejszej SIWZ, Wykonawca jest zobowiązany dołączyć do oferty: Wypełniony i podpisany Przedmiot zamówienia oraz Specyfikację asortymentowo-ilościową zgodnie z załącznikami nr 2.1 i 2.2.” Zamawiający sprecyzował zatem charakter prawny dokumentu załącznika nr 2.1. wskazując, że jest to dokument potwierdzający, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego w SIWZ, a zatem, że jest to dokument, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 PZP. tj. podlegający uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 PZP. Na wezwanie do złożenia wyjaśnień Odwołujący przedłożył podpisany formularz załącznika nr 2.1. Złożenie tego dokumentu nie zostało jednak poprzedzone wezwaniem Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, a zatem Zamawiający uzupełnionego dokumentu nie uwzględnił.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający uchybił obowiązkowi nałożonemu przez art. 26 ust. 3 Pzp.

W odniesieniu do zarzutu niezgodnego z przepisami Pzp zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw lub usług, w okresie ostatnich trzech lat

przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający wykluczył Odwołującego z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Do takich wniosków doszedł badając zobowiązanie do udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci. Zamawiający zaniechał jednak swoich obowiązków nie wzywając Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp - po dokonaniu oceny złożonego zobowiązania - do złożenia wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Zamawiający ma bowiem obowiązek wezwać Wykonawcę do złożenia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp w sytuacji, gdy wykonawca dokumentów nie złożył lub gdy złożone dokumenty zawierają błędy. Ugruntowane orzecznictwo KIO wskazuje, że dotyczy to także sytuacji, gdy złożone dokumenty nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę postawionych warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający takiego wezwania nie wystosował.

W odniesieniu do zarzutu niezgodnego z przepisami Pzp wybrania jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy ARFIDO Sp. z o.o. ul. Szkolna 10A, 62-081 Chyby, podczas gdy najkorzystniejszą ofertą niepodlegającą odrzuceniu jest oferta Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że zarzut jest konsekwencją zarzutów poprzednich. Najkorzystniejszą ofertą niepodlegającą odrzuceniu w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia jest oferta Odwołującego. Wybierając ofertę ARFIDO sp. z o.o. Zamawiający naruszył przepis art. 91 ust. 1 Pzp.

W dniu 19 sierpnia 2015 r., przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca ARFIDO Sp. z o.o. z siedzibą w Chybach (dalej: Przystępujący; ARFIDO). Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia i dopuściła ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika.

Pismem z dnia 27 sierpnia 2015 r. (data wpływu do Izby), Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty odwołania. Zamawiający wskazał, że po przeanalizowaniu postawionych zarzutów oraz całości uzasadniającej te zarzuty argumentacji uznał odwołanie za zasadne w całości.

Na posiedzeniu przed Izbą wykonawca ARFIDO wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania.

W toku rozprawy strony i uczestnik postępowania podtrzymali swoje stanowiska.

Odwołujący wskazał m.in., że literalne brzmienie § 3 ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów uprawiania zamawiającego do badania czterech kwestii: autentyczności dokumentu, czy został wystawiony przez właściwy organ, zakresu przedmiotowego dokumentu oraz daty wystawienia. Odwołujący przywołał stanowisko zawarte w uzasadnieniu wyroku o sygn. akt KIO 1239/13, gdzie podkreślono nadrzędność zasady równego traktowania wykonawców. Ponadto wskazano, że literalne brzmienie przepisu zastosował też Zamawiający w specyfikacji tego postępowania, a wykonawca działając w dobrej wierze złożył zaświadczenie zgodnie z tym przepisem i treścią specyfikacji.

Odnosnie zobowiązania podmiotu trzeciego, Odwołujący wskazał, że w sytuacji, gdy zobowiązanie udostępnia kilku podmiotom wiedzę i doświadczenie, to każdy z tych podmiotów może w pełnym zakresie legitymować się tym zasobem. Wyjaśniono, że Odwołujący rozważał na pewnym etapie złożenie oferty razem z innymi podmiotami i przygotowując się do przetargu miał dwa zobowiązania: jedno tylko dla niego, a jedno dla niego i konsorcjantów. W ocenie Odwołującego nie miało znaczenia, które z tych zobowiązań złoży Zamawiającemu.

W zakresie powyższego zarzutu Odwołujący złożył wniosek dowodowy z oświadczenia podmiotu trzeciego o udostępnieniu wiedzy i doświadczenia z dnia 19 czerwca 2015 r. oraz oświadczenia z dnia 20 sierpnia 2015 r. na okoliczność, że Odwołującemu została udostępniona wiedza i doświadczenie, niezależnie od tego czy będzie działał sam czy w ramach konsorcjum. Z ostrożności podniesiono, że nawet gdyby Zamawiający stwierdził, że dokument ten nie potwierdza spełnienia warunku udziału, to Zamawiający powinien wezwać wykonawcę do jego uzupełnienia - we wcześniejszych wezwaniach nie było bowiem wezwania w zakresie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia.

Odnosnie odrzucenia oferty Odwołujący podkreślił, że treść załącznika 2.1 nie jest niezgodna ze specyfikacją. Zamawiający nie wskazał w specyfikacji daty produkcji sprzętu. Nawet gdyby jednak przyjąć, że zamawiający wymagał roku produkcji to jest to rzecz, która powinna zostać poprawiona w trybie art.87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zamawiający poprzedzając tę procedurę uzyskał wyjaśnienia co do daty produkcji. Podkreślono przy tym, że to nie jest zasadniczy element treści oferty. Ponadto, Zamawiający przesadził o charakterze tego

formularza - jest to tzw. dokument przedmiotowy a więc uzupełniany i kwestia parafki, a nie podpisu, mogła zostać uzupełniona poprzez wezwanie w trybie art. 26 ust 3 Pzp.

Zamawiający wskazał, że w kwestii zaświadczenia o niekaralności należało się zgodzić z Odwołującym, iż § 3 ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, nic nie mówi o tym by dokument musiał być aktualny, a kryterium oceny może być tylko data wystawienia. Mając na uwadze fundamentalny charakter zasady równości niedopuszczalne jest, by ten sam wymóg mógł być w różny sposób weryfikowany wobec wykonawców. Odnośnie zobowiązania podmiotu trzeciego Zamawiający przyznał, że wezwanie powinno obejmować nie tylko złożenie oryginału, ale także odnosić się do treści dokumentu. W kwestii roku produkcji Zamawiający wskazał, że konkretny rok produkcji nie był wymogiem – wymogiem było by sprzęt był fabrycznie nowy i nigdzie w specyfikacji Zamawiający nie precyzował roku produkcji. Po otrzymanych wyjaśnieniach Zamawiający powinien był dokonać poprawienia oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Wskazano jednocześnie, że oświadczenie z treści odpowiedzi na odwołanie dotyczące wykonania czynności zgodnie z żądaniem Odwołującego, dotyczyło wezwania Odwołującego, w ramach ponownej oceny i badania oferty, do uzupełnienia zobowiązania oraz poprawienia oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Przystępujący – wnoszący sprzeciw – wskazał, że co najmniej jedna z podstaw wykluczenia jest w pełni zasadna, dotyczy to zaświadczenia o niekaralności. Podniesiono, że w orzecznictwie Izby akcentuje się znaczenie terminu z § 3 ust. 3 rozporządzenia, dla oceny ważności dokumentu dla podmiotu z elementem zagranicznym, w piśmiennictwie też są głosy, które popierają pierwotne stanowisko Zamawiającego. Koncepcje te koncentrują się na znaczeniu ustawodawstwa miejsca wystawienia dokumentu. Wnoszący sprzeciw nie zgodził się z twierdzeniami Odwołującego, że kwestia aktualności odnosi się tylko do polskich dokumentów, a ważność należy postrzegać jedynie przez pryzmat 6 miesięcznego terminu wystawienia dokumentów. Podniesiono, że termin ważności należy odnosić do prawa miejscowego. Ponadto, argumentowano, że domniemanie aktualności musi być odniesione do terminu ważności dokumentu, który z kolei wynika z prawa miejsca wystawienia dokumentu. Przepis § 3 ust. 3 rozporządzenia sam w sobie nie mówi o aktualności, ale należy zwrócić uwagę, że są to dokumenty zastępujące polskie dokumenty z KRK, co do których przepisy mówią już o ich aktualności. Podkreślono także cel składania tego rodzaju dokumentów. Dodatkowo, podniesiono, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego funkcjonuje zasada prawdy formalnej i to na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania spełnienia warunków – ma złożyć takie dokumenty, które przekonają zamawiającego, że nie podlega wykluczeniu. Zamawiający zastosował właśnie art. 24 ust. 3 pkt 4 Pzp. Najistotniejsze jest to, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Podkreślono również, że dokument musi być aktualny - inaczej różnicuje się wykonawców, bo niektórzy muszą złożyć dokument aktualny w Polsce, a przedsiębiorcy inni, z elementem zagranicznym, już nie. Aktualność to zgodność z rzeczywistym stanem, a dla poczynienia tych ustaleń zamawiający może sprawdzać tylko dokumenty, które dostaje. Istnieje domniemanie, że to co jest w dokumencie jest zgodne z rzeczywistym stanem faktycznym – jest to domniemanie faktyczne, które wynika z ważności dokumentu. Należy postawić pytanie jak długo to domniemanie dla dokumentu istnieje – tj. jest istota problemu w tej sprawie i należy zawsze patrzeć, jak długo jest ważny dokument, który jest przedkładany. Jeżeli z dokumentu nie wynika data ważności, to Zamawiający powinien stosować regułę dotyczącą sześciomiesięcznego terminu wystawienia z § 3 ust. 3 rozporządzenia, natomiast gdy dokument zawiera datę wystawienia to tej reguły nie powinno się stosować. Wskazano, że wykonawcy często składają dokumenty o okresie dłuższym, wystawione po sześciomiesięcznym okresie, i jeżeli Izba uznawała to za prawidłowe, to ta sama zasada musi działać w drugą stronę.

Przystępujący argumentował ponadto, że jeżeli w kraju wystawienia dokumentu nie jest ważny, to nie można przypisywać mu domniemania aktualności. Przywołano orzeczenia dotyczące zaświadczenia o niekaralności o sygnaturach akt: KIO UZP 2140/10, 2152/10 oraz KIO 1492/12. Podkreślono także, że jeśli w dyrektywie nie ma jednego terminu ważności dokumentów, to ustawodawca krajowy określa jak długo dokument zachowuje swoją ważność. Wskazano także, że żadne z orzeczeń przywołane przez Odwołującego nie odnosi się do okoliczności tej sprawy – w sprawach tych nie występował bowiem problem daty zaświadczenia o niekaralności. Przystępujący stwierdził, że przy ocenie prawnej tej kwestii należy nadać prymat prawu kraju wystawienia dokumentu i Zamawiający początkowo podjął słuszną decyzję, bo nie miał podstaw do uznawania aktualności dokumentu, którego termin ważności wygasł, a więc który nie potwierdzał rzeczywistego stanu rzeczy.

W odniesieniu do zobowiązania podmiotu trzeciego Przystępujący wskazał na zasady wynikające z wykładni językowej związane z użyciem spójnika „i”. Podkreślono, że Odwołujący nie ma własnego doświadczenia i wiedzy, tak więc wykonawca powinien dołożyć staranności by przekonać Zamawiającego, że dysponuje zasobem. Wskazano, że zaświadczenie o udostępnieniu zasobu nie może budzić żadnych wątpliwości a tu takie występują. Jednocześnie Przystępujący argumentował, że Zamawiający wyczerpał już możliwość wezwania - w dniu 16 lipca 2015 r. zapytał bowiem, dlaczego jest mowa o konsorcjantach – i niezależnie od tego, że było to dokonane trybie art. 87 ust. 1 Pzp to Zamawiający pytał o sedno problemu i nieistotnym jest, że nie zastosował art. 26 ust 3 Pzp. Przystępujący zakwestionował tym samym możliwość ponownego wezwania Odwołującego.

W odniesieniu do formularza 2.1. i odrzucenia oferty Odwołującego, Przystępujący wskazał, że na tle specyfikacji rysują się wątpliwości, czy jest to dokument przedmiotowy.

Przystępujący podniósł, że kwestia roku produkcji nie ma istotnego znaczenia i tu można zgodzić się z Odwołującym, że byłaby to omyłka do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Jednak, w ocenie Przystępującego, istota problemu leży gdzie indziej, gdyż wykonawca nie złożył w istocie dokumentu, bowiem dokumentem nie może być projekt paragrafowany przez nieznaną osobę. Nie istnieje możliwość poprawienia takiego dokumentu, gdyż Zamawiający nie może podpisać dokumentu za wykonawcę, jeżeli uzna się, że dokument ten stanowi integralną część oferty a nie dokument przedmiotowy.

Na rozprawie Przystępujący złożył również pismo procesowe, w którym podniósł m.in., że wymóg aktualności dokumentów, w szczególności w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8 i pkt 11 Pzp, odnosi się do wszystkich wykonawców będących osobami prawnymi, niezależnie od kraju ich siedziby i miejsca zamieszkania urzędujących członków ich organu zarządzającego. Podkreślono, że dokument, którego okres ważności upłynął przed końcem terminu składania ofert, nie może być używany na potrzeby badania i oceny ofert dokonywanej w reżimie ustawy Pzp, jest zatem nieprzydatny do celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 Pzp. To wykonawca, a nie Zamawiający, ma wykazać za pomocą dokumentów określonych w przepisach ustawy Pzp i rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, że nie podlega wykluczeniu. Niewykonanie lub nienależyte wykonanie tej powinności przez wykonawcę uprawnia, a zarazem obliuguje zamawiającego do zastosowania sankcji wykluczenia przewidzianej w art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, niezależnie od tego, czy wykonawca ten rzeczywiście znajduje się w sytuacji faktycznej i prawnej skutkującej wykluczeniem, o której mowa w art. 24 ust. 1 Pzp. Zdaniem Przystępującego Zamawiający prawidłowo zinterpretował dyspozycję § 3 ust. 3 rozporządzenia, przyjmując, że treść i okres ważności zagranicznego zaświadczenia dotyczącego niekaralności urzędującego członka zarządu organu zarządzającego Odwołującego należy określić według regulacji prawnych obowiązujących w kraju, którego organ wydał dany dokument, zaś upływ okresu jego ważności (90 dni do wystawienia według prawa węgierskiego) przed terminem składania ofert w postępowaniu nieodwracalnie spowodował, że Zamawiający nie może już oprzeć się na jego treści w celu oceny braku podstaw do wykluczenia Odwołującego. Podkreślono przy tym, że podstawą wykluczenia nie było stwierdzenie przez Zamawiającego wystąpienia w odniesieniu do Odwołującego okoliczności wskazanej w art. 24 ust. 1 pkt 8 i pkt 11 Pzp, tylko brak możliwości weryfikacji właściwości podmiotowych Odwołującego w tym zakresie – wskutek niedostarczenia wymaganych prawem dokumentów. Podsumowując, Przystępujący wskazał, w tym zakresie, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO kwestię ważności dokumentu przedstawionego przez podmiot zagraniczny należy zawsze oceniać z punktu widzenia prawa obcego. Dlatego też, jeśli dokument wystawiony przez zagraniczny organ stracił ważność

według prawa kraju jego wystawienia, nie jest dopuszczalne posługiwanie się nim w postępowaniu na potwierdzenie okoliczności w nim stwierdzonej, mimo iż został wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, który to termin przewiduje § 3 ust. 3 rozporządzenia. Norma odnosząca się do terminów ważności (domniemanie aktualności dokumentów dla potrzeb oceny przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu), wynikająca z tego przepisu, ma bowiem znaczenie tylko wówczas, gdy z dokumentu prawa obcego nie wynika inny termin ich ważności.

W odniesieniu do zobowiązania podmiotu trzeciego Przystępujący wskazał w piśmie procesowym m.in., że kluczowe znaczenie ma zdanie mówiące o udostępnieniu zasoby Wykonawcy i jego konsorcjantom. Gdyby podmiot udostępniający zasoby dopuszczał udostępnienie wiedzy i doświadczenia każdemu konsorcjantowi z osobna, tak jak chciałby to na obecnym etapie postępowania interpretować Odwołujący, to z pewnością użyłby spójnika „lub” (bądź tożsamego znaczeniowo) zamiast „i”. Przystępujący wskazał jednocześnie, że złożone oświadczenie o udostępnieniu wiedzy i doświadczenia zawiera dalsze wady dyskwalifikujące jego przydatność na potrzeby badania kwalifikacji podmiotowych wymaganych przez Zamawiającego. Przystępujący podniósł, że złożony dokument nie obejmuje wszystkich wymaganych przez Zamawiającego elementów oraz, że nie dowodzi, że Odwołujący dysponuje w sposób rzeczywisty określonym zasobem. W kwestii niezgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ, wskazano m.in., że Zamawiający wyraźnie wymagał, aby podpisy złożone przez wykonawcę były opatrzone czytelnym imieniem i nazwiskiem lub pieczęcią imienną, czego Odwołujący nie uczynił. Brak podpisu oznacza, że w rzeczywistości nie doszło do złożenia podpisanego oświadczenia.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia niniejszego postępowania przetargowego jest dostawa, montaż, konfiguracja systemu, wdrożenie informatyczne oraz przeprowadzenie szkoleń systemu ochrony zbiorów pracującego w oparciu o technologię RFID HF dla Uniwersytetu Medycznego w Łodzi w ramach projektu „Farmacja i biotechnologia w XXI wieku - kompleksowa przebudowa oraz modernizacja infrastruktury Dydaktyczno-Naukowej Uniwersytetu Medycznego w Łodzi.”

W Sekcji VIII SIWZ – Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonania oceny spełnienia tych warunków – Zamawiający m.in. wskazał, że w postępowaniu może wziąć udział wykonawca, którzy wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje: minimum 2 dostawy

systemów RFID HF wraz z montażem, uruchomieniem i integracją z systemami bibliotecznymi o wartości nie niższej niż 400 000,00 PLN brutto każda (słownie: czterysta tysięcy złotych). Przynajmniej jedna z dostaw musi obejmować integrację urządzeń ze stosowanym w bibliotece systemem Symphony.

W Sekcji VIII pkt 6 SIWZ, Zamawiający wskazał, że wykonawca, który polega na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączącego go z nim stosunków zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Podmiot, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów odpowiada solidarnie z Wykonawcą za szkodę Zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie tych zasobów nie ponosi winy. Pisemne zobowiązanie musi zawierać: a) zakres udostępnianych zasobów, b) sposób wykorzystania tych zasobów przez Wykonawcę przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia, c) charakter stosunku jaki będzie łączył dwie strony (podmiot trzeci i Wykonawcę), d) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia, e) poświadczenie solidarnej odpowiedzialności z Wykonawcą za szkodę zamawiającego.

W Sekcji IX lit. B SIWZ – Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu – Zamawiający wskazał m.in., że w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia Wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy należy złożyć następujące dokumenty w formie oryginału lub kserokopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę:

1. Oświadczenie Wykonawcy o braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – wg załącznika nr 3.2 do SIWZ;
2. Aktualny odpis z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert;
3. Aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, lub zaświadczenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności

- lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu — wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert;
4. Aktualne zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu — wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.
 5. Aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4—8 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.
 6. Aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.
 7. Aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.
 8. Jeżeli, w przypadku wykonawcy mającego siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, osoby, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 5—8, 10 i 11 ustawy, mają miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, wykonawca składa w odniesieniu do nich zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania dotyczące niekaralności tych osób w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 5—8, 10 i 11 ustawy, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, z tym że w przypadku gdy w miejscu zamieszkania tych osób nie wydaje się takich zaświadczeń — zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania tych osób lub przed notariuszem.

W Sekcji I lit. C SIWZ, Zamawiający wskazał, że w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego w niniejszej SIWZ, Wykonawca jest zobowiązany dołączyć do oferty m.in.: 1. Wypełniony i podpisany Przedmiot zamówienia oraz Specyfikację asortymentowo-ilościową zgodnie z załącznikami nr 2.1 i 2.2.

Zgodnie z Sekcją XIV SIWZ – Opis sposobu przygotowania ofert – na ofertę składa się m.in.: b. Wypełniony i podpisany przedmiot zamówienia oraz Specyfikacja asortymentowo-ilościowa - zgodnie z załącznikami nr 2.1 i 2.2.

Zamawiający wskazał, że podpisy złożone przez Wykonawcę powinny być opatrzone czytelnym imieniem i nazwiskiem lub pieczęcią imienną. Dokumenty są składane w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę (nie dotyczy pełnomocnictwa). W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku innych podmiotów, na zasobach których Wykonawca polega, kopie dokumentów dotyczących odpowiednio Wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczane za zgodność z oryginałem odpowiednio przez Wykonawcę lub te podmioty. Zamawiający może żądać przedstawienia oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii dokumentu wyłącznie wtedy, gdy złożona przez Wykonawcę kopia dokumentu jest nieczytelna lub budzi wątpliwości, co do jej prawdziwości (Sekcja XIV pkt 2 i 3 SIWZ).

Ostateczny termin składania ofert upływał w dniu 9 lipca 2015 r., godz. 12:00 (Sekcja XV SIWZ).

W Sekcji XVII SIWZ – Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert – Zamawiający wskazał kryterium ceny z wagą 90% oraz kryterium gwarancji z wagą 10%.

W postępowaniu złożono 2 oferty. Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał, że na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 1.214.618,85 zł (Protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego).

Odwołujący złożył ofertę z ceną brutto 836.431,98 zł i okresem gwarancji 36 miesięcy (formularz oferty Odwołującego).

Przystępujący złożył ofertę z ceną brutto 1.178.463,00 zł i okresem gwarancji 36 miesięcy (Protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego).

Wraz z ofertą Odwołujący złożył kopię zobowiązania podmiotu trzeciego (Oświadczenie o udostępnieniu wiedzy i doświadczenia). W treści przedmiotowego zobowiązania podmiot udostępniający zasoby wskazał: „udostępniamy Wykonawcy CULTWARE spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie ul. Cietrzewia nr 33 lok 22A i jego konsorcjantom na potrzeby realizacji zamówienia Nr ZP/35/2015 pod nazwą: (...) wiedzę i doświadczenia zdobyte przez nas przy realizacji przez nas zamówień wskazanych w wykazie przedstawionym przez Wykonawcę, w szczególności zobowiązujemy się współpracować z Wykonawcą w trakcie realizacji zamówienia w zakresie dostaw sprzętu. Zobowiązujemy się ponadto doradzać Wykonawcy w pozostałym zakresie związanym z realizacją wskazanego wyżej zamówienia. W zakresie dostaw sprzętu będziemy podwykonawcą Wykonawcy CULTWARE spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie. W pozostałym zakresie będziemy pełnić rolę doradców (...). Oświadczamy, że zdajemy sobie sprawę z solidarnej z Wykonawcą odpowiedzialności za szkodę Zamawiającego (...)”.

Odwołujący złożył ponadto przy ofercie Zaświadczenie o niekaralności wystawione w dniu 10 stycznia 2015 r. przez węgierski Centralny Urząd Administracyjny i Usług Elektronicznych, w którym zaświadczone, że P. J. na podstawie informacji systemu Krajowego Rejestru Karnego zarejestrowany jest jako niekarany. W treści zaświadczenia zawarto adnotację o treści: 'Ważne przez 90 dni od dnia wydania. Zaświadczenie o niekaralności może być wykorzystane przy jednoczesnym okazaniu dowodu tożsamości. Wszyscy mają obowiązek przyjęcia do wiadomości treści Zaświadczenia o niekaralności do czasu udowodnienia karalności. (...)’.

Odwołujący złożył także z ofertą wypełniony Załącznik nr 2.1, zawierający parafę na każdej stronie „JP”, bez podpisu.

Zamawiający działając na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, wskazując, że wykonawca poszczególne strony przedmiotu zamówienia – załącznik nr 2.1. do złożonej oferty opatrzył parafką. Zamawiający w rozdziale XIV pkt 2 SIWZ wymagał, aby podpisy złożone przez Wykonawcę były opatrzone czytelnym imieniem i nazwiskiem lub pieczęcią imienną. Zamawiający zwrócił się o pisemne wyjaśnienie powodu niepodpisania ostatniej strony załącznika nr 2.1. do złożonej oferty zgodnie z ww. wymaganiami.

Ponadto, kolejnym wezwaniem Zamawiający, działając na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień wskazując, że wykonawca w załączniku nr 2.1. nie podał roku produkcji w przypadku elementów oznaczonych nr 1, 2, 3, 4, 6, 8, 9, 10, 11, 12. Przedmiotowym pismem Zamawiający wezwał także Odwołującego do złożenia pisemnego zobowiązania innych podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów w formie oryginału lub kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, wskazując, że Odwołujący do oferty załączył jedynie kopię dokumentu bez wymaganych potwierdzeń.

Dodatkowo, odrębnym wezwaniem, Zamawiający, działając na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, wskazując, że wykonawca użył w formularzu oferty sformułowania „Konsorcjum firm Cultware Sp. z o.o.”, o konsorcjantach mowa jest także w „Oświadczeniu o udostępnieniu wiedzy i doświadczenia”, tymczasem Zamawiający nie odnalazł w ofercie dokumentów wskazujących, iż wykonawca jest powiązany z Konsorcjum firm Cultware Sp. z o.o. Zamawiający wezwał do wyjaśnienia, czy wykonawca jest liderem/członkiem wymienionego konsorcjum, a jeżeli tak, to jakie są jego umocowania. Ponadto, Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia aktualnej informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający w uzasadnieniu wezwania wskazał, że wykonawca załączył „Zaświadczenie o niekaralności” dla Wiceprezesa Zarządu wystawione przez Centralny Urząd Administracyjny i Usług Elektronicznych Węgier w dniu 10 stycznia 2015 r., z ważnością 90

dni, co oznacza, że w dniu składania ofert (9 lipiec 2015 r.) powyższy dokument nie był ważny. Zamawiający wskazał, że treść dokumentu i jego ważność określa się według regulacji obowiązujących w kraju, którego organ wydał dany dokument. Zamawiający podniósł przy tym, że zgodnie z polskim orzecznictwem, nie można posługiwać się dokumentem, który na gruncie prawa obcego jest nieważny.

W odpowiedzi pismem z dnia 23 lipca 2015 r. Odwołujący wskazał m.in., że nie podał informacji o roku produkcji niektórych z elementów systemu RFID przez niedopatrzenie, omyłkę. Wskazano, że wykonawca zamierza dostarczyć Zamawiającemu produkty z 2015 r. Odwołujący podał lata produkcji poszczególnych elementów, a w załączeniu przesłał uzupełniony załącznik 2.1. do SIWZ. Załącznik nr 2.1. został przy tym złożony wraz z podpisem osoby umocowanej do reprezentowania wykonawcy.

Odwołujący w treści ww. odpowiedzi wyjaśnił ponadto, że samodzielnie złożył ofertę, a w postępowaniu nie występuje w konsorcjum z innym podmiotem, zaś zapisy dotyczące konsorcjum, cytowane przez Zamawiającego, pojawiły się w ofercie omyłkowo. Jednocześnie, w zakresie wezwania do złożenia dokumentu KRK, Odwołujący przytoczył regulację zawartą w § 3 ust. 1 i ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, wskazując przy tym, że treść ta została powielona w pkt IX pkt B.8 SIWZ. Wyjaśniono, że § 3 ust. 3 rozporządzenia stanowi o dacie wystawienia dokumentu, a złożone zaświadczenie spełnia te wymogi. W treści odpowiedzi podniesiono także kolejne argumenty, które następnie przytoczono w treści odwołania.

Pismem z dnia 7 sierpnia 2015 r. Zamawiający zawiadomił o wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz o odrzuceniu jego oferty, oraz o wyborze, jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego. W uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, Zamawiający wskazał, że w Rozdziale VIII ust. 2 SIWZ określił, że w postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące braku podstaw do wykluczenia z postępowania w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 Pzp. W Rozdziale IX lit. B wskazał dokumenty, jakie należy złożyć w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 Pzp. W odniesieniu do powyższego, Zamawiający wskazał, że wykonawca w swojej ofercie dołączył nieważne „Zaświadczenie o niekaralności” dla Wiceprezesa Zarządu mającego miejsce zamieszkania poza terytorium RP. Zamawiający opisał czynność wezwania do uzupełnienia dokumentu oraz wskazał, że wykonawca ponownie posłużył się tym samym zaświadczeniem argumentując o jego ważności. Zamawiający uznał tymczasem, że treść dokumentu i jego ważność określa się według regulacji prawnych obowiązujących w kraju, którego organ wydał dany dokument. Zgodnie z polskim orzecznictwem, nie można posługiwać się dokumentem, który na gruncie prawa obcego jest nieważny. W ramach

wykluczenia, Zamawiający wskazał następnie, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym posiadania wymaganej przez Zamawiającego wiedzy i doświadczenia, posługując się w tym zakresie oświadczeniem podmiotu trzeciego. Zamawiający wskazał, że oświadczenie złożone przez podmiot trzeci zawiera zapis, że udostępnia się wiedzę i doświadczenia Wykonawcy CULTWARE Sp. z o.o. i jego konsorcjantom. Z dokumentów oraz złożonych wyjaśnień wynika, że CULTWARE Sp. z o.o. złożyła ofertę samodzielnie bez udziału konsorcjantów. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, Zamawiający wskazał, że w załączniku nr 2.1. wymagał podania m.in. roku produkcji oferowanych urządzeń, czego wykonawca nie dopełnił. Co więcej, Załącznik nr 2.1. nie został podpisany na ostatniej stronie. Zamawiający opisał czynność wezwania, jak również wskazał, że wykonawca dołączył Załącznik nr 2.1. uzupełniony o rok produkcji oraz właściwe podpisy. Zamawiający wskazał następnie, że wymieniony dokument odnosi się bezpośrednio do przedmiotu przyszłego zobowiązania wykonawcy, w znaczeniu formalnym jest częścią oferty rozumianej jako oświadczenie woli wyrażające zobowiązanie do określonego wykonania zamówienia. Dokumenty te z uwagi na ich zawartość stanowią merytoryczną treść oferty, konkretyzują ofertowany przez wykonawcę przedmiot zamówienia. Zamawiający wskazał końcowo, że po upływie terminu składania ofert, w przypadku braków występujących w takim dokumencie, nie jest możliwe jego uzupełnienie, albowiem doszłoby do niedozwolonej zmiany treści oferty. Treść oferty zmianom i uzupełnieniom podlegać nie może.

Rozpoznając odwołanie Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp.

Rozpoznając odwołanie Izba kierowała się dyrektywami wynikającymi z art. 190 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, jak również z art. 192 ust. 7 Pzp w myśl, którego Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Odwołującego, w tym te złożone na rozprawie. Izba uznała wartość dowodową oświadczeń podmiotu trzeciego złożonych przez Odwołującego na rozprawie na okoliczność udowodnienia, że Odwołującemu została udostępniona wiedza i doświadczenie, niezależnie od tego, czy będzie działał sam, czy w ramach konsorcjum. W ocenie Izby brak było podstaw do odmówienia tym dowodom wiarygodności, a Przystępujący nie przedstawił Izbie rzeczowych argumentów, które mogłyby podważać ich rzetelność i wartość dowodową. W szczególności Izba nie uznała, by złożenie tych oświadczeń w formie poświadczonej za zgodność z oryginałem mogło skutkować

odmówieniem tym dokumentom waloru dowodu oraz odmówieniem im wartości dowodowej. Niezależnie od tego, że w orzecznictwie Izby akcentowane jest, iż § 7 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej także: rozporządzenie; rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów) nie odnosi się do dokumentu w postaci zobowiązania podmiotu trzeciego, należy wskazać, że brak jest zakazów dowodowych, które za niedopuszczalne uznawałyby dokumenty złożone w formie poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Dokument złożony w takiej formie Izba ocenia w ramach swobodnej oceny dowodów. Ponadto, w tej sprawie złożone na rozprawie oświadczenia nie służyły uzupełnieniu dokumentów przed Zamawiającym – co w ramach postępowania odwoławczego nie może mieć miejsca – lecz zostały przedstawione dla wykazania konkretnej tezy dowodowej, w tym potwierdzenia tego, co wynikało już ze złożonego przy ofercie zobowiązania.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby Zamawiający słusznie wycofał się z decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i o odrzuceniu jego oferty. Izba nie podzieliła stanowiska i argumentów Przystępującego, który wniósł sprzeciw wobec uwzględniania w całości zarzutów odwołania. Wskazane bowiem w uzasadnieniu decyzji Zamawiającego podstawy faktyczne nie uprawniały do zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, art. 24 ust. 4 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Przystępujący dążył przy tym częściowo do rozszerzenia podstaw decyzji Zamawiającego, ponadto to, co zostało faktycznie wskazane w treści zawiadomienia z dnia 7 sierpnia 2015 r. Okoliczności sygnalizowane przez Przystępującego, wykraczające ponad to, co stanowiło podstawę decyzji Zamawiającego, wyrażoną w sposób jednoznaczny w treści ww. pisma, mające przemawiać m.in. za brakiem przesłanki z art. 192 ust. 2 Pzp, pozostawały poza przedmiotem sporu. Przystępujący nie był uprawniony do dowodzenia zasadności wykluczenia Odwołującego z postępowania, czy zasadności odrzucenia jego oferty, jak również do podnoszenia braku wpływu zaistniałych naruszeń na wynik postępowaniu, w oparciu o okoliczności, których Zamawiający w ogóle nie czynił podstawą swojej decyzji, nie dając im żadnego odzwierciedlenia w treści zawiadomienia z dnia 7 sierpnia 2015 r. Tym samym, należy wskazać, że Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania z powodu następujących okoliczności: Zamawiający nie uznał zaświadczenia o niekaralności, uznając je za zaświadczenie nieważne z uwagi na 90-dniowy termin wskazany w jego treści; kolejną

podstawą wykluczenia było uznanie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż ofertę złożył samodzielnie, zaś zobowiązanie podmiotu trzeciego zawiera zapis, że udostępnia się wiedzę i doświadczenia Wykonawcy CULTWARE Sp. z o.o. i jego konsorcjantom. Podstawą uznania oferty za niezgodną ze specyfikacją było natomiast stwierdzenie dotyczące braku podania roku produkcji w załączniku nr 2.1. oraz brak podpisania tego dokumentu. Jedynie powyższe kwestie należało ocenić w kontekście zasadności zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W myśl art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Stosownie do tego ostatniego przepisu, zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki, polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

W okolicznościach niniejszej sprawy, mając na względzie podstawy wskazane w treści zawiadomienia z dnia 7 sierpnia 2015 r., nie zaistniały przesłanki do wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, ani do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Istota sporu koncentrowała się w głównej mierze na kwestiach związanych ze złożonym przez Odwołującego zaświadczeniem o niekaralności. Poza sporem pozostawało to, że znajdował tu zastosowanie § 3 ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, zgodnie z którym „jeżeli, w przypadku wykonawcy mającego siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, osoby, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 5-8, 10 i 11 Pzp, mają miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, wykonawca składa w odniesieniu do nich zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania, dotyczące niekaralności tych osób w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 5-8, 10 i 11 Pzp, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert, z tym że w przypadku gdy w miejscu zamieszkania tych osób nie wydaje się takich zaświadczeń - zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania tych osób lub przed notariuszem”. Poza sporem pozostawało również to, że złożone zaświadczenie zostało wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Rozstrzygnięcia wymagało natomiast, czy zaświadczenie to – zawierające w swojej treści 90-dniowy termin ważności, który upłynął przed

terminem składania ofert – było dokumentem wystarczającym dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Innymi słowy, czy pomimo upływu terminu ważności wskazanego w treści zaświadczenia, lecz przy zachowaniu 6 miesięcznego terminu wystawienia, o którym mowa ww. przepisie, dokument ten odpowiadał wymogom prawa i był dokumentem prawidłowym dla potrzeb i warunków niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W pierwszej kolejności warto odnotować, że w treści SIWZ, Zamawiający powielił treść ww. przepisu (Sekcja IX lit b. pkt 8). W treści wystosowanego wezwania także wskazał na wymóg związany z datą wystawienia zaświadczenia. Wykonawca zastosował się do wytycznych Zamawiającego, wyrażonych w treści specyfikacji i odpowiadających treści przepisu § 3 ust. 3 rozporządzenia. Już z tego względu trudno czynić wykonawcy zarzut złożenia wadliwego dokumentu, a w konsekwencji czynić zarzut nie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Niezależnie od powyższego – gdyż przesądzające znaczenie musi mieć zgodność z przepisami prawa powszechnie obowiązującego – Izba wskazuje, że złożone przez Odwołującego zaświadczenie w pełni respektowało wymogi zawarte w § 3 ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów.

Treść przedmiotowego przepisu jest jasna i zrozumiała. Prawodawca wskazał bowiem, że dokument – zaświadczenie o niekaralności – posiada walor w zakresie potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia wówczas, gdy został "wydany" we wskazanym w tym przepisie terminie. Za okoliczność relewantną z prawnego punktu widzenia Prawodawca uznał termin wystawienia dokumentu. Wymóg ten został zaś zachowany w przypadku oferty Odwołującego.

„Definiując pojęcie wykładni należy wskazać, iż wykładnia prawa nazywamy proces myślowy, który polega na ustaleniu właściwego znaczenia przepisu prawnego w oparciu o wypracowane przez naukę dyrektywy wykładni. Wyróżnić można kilka klasyfikacji wykładni. Podstawowy podział opiera się na zastosowaniu metody interpretacji i tak wykładnia językowa polega na odczytywaniu znaczenia danego przepisu prawnego z punktu widzenia języka, w którym dany przepis prawny został napisany, tj. poprzez wykładnię przepisu w oparciu o znaczenie użytych dla jego sformułowania wyrazów (...) Do zastosowania kolejnych wykładni, w tym celowościowej możemy przejść dopiero w wypadku, gdy wykładnia językowa nie doprowadziła do wyjaśnienia wątpliwości związanym z danym zapisem, co nie miało w tym stanie faktycznym sprawy miejsca”. (tak: wyrok SO w W-wie z dnia 10 kwietnia 2015 r., sygn. akt XXIII Ga 257/15).

Jak wskazano powyżej, treść przepisu § 3 ust. 3 rozporządzenia jest jasna i zrozumiała, zaś jego wykładnia językowa pozwala na ustalenie właściwego zakresu i znaczenia normy prawnej w tym przepisie zawartej. Izba nie uznała za przekonujące twierdzenia Przystępującego, które w istocie sprowadzały się do tezy, że zastosowanie tego przepisu

warunkowane jest treścią zaświadczenia, tj. w sytuacji, gdy dokument nie zawiera informacji o terminie ważności zastosowanie znajduje termin 6 miesięczny wynikający z przepisu, zaś gdy taka informacja zostaje podana w treści dokumentu – wówczas termin ten nie ma znaczenia, a w jego miejsce „wchodzi” niejako termin wskazany w dokumencie i to ten termin, a nie termin wyznaczony przepisem prawa krajowego, powszechnie obowiązującego, ma mieć przesądzające znaczenie. Porządki prawne państw – chociażby w ramach systemów prawa europejskiego – cechują się odrębnościami. Nie jest koniecznym poszukiwanie i ustalanie, na potrzeby prowadzonego postępowania o zamówienie publicznej, pełnej porównywalności dokumentów w postaci zaświadczenia o niekaralności, czy czynienie podstawą oceny tych dokumentów przepisów prawa miejsca ich wystawienia. W porządku prawnym innego państwa może chociażby funkcjonować termin ważności zaświadczenia o niekaralności, który – podobnie jak w prawie polskim – nie jest eksponowany w samej treści dokumentu. Przyjmując stanowisko Przystępującego – sprowadzające się do nakazu weryfikacji dokumentu w oparciu o przepisy prawa miejsca jego wystawienia – zamawiający musiałby każdorazowo weryfikować treść i skutki prawa obcego po to, by ocenić prawidłowość danego dokumentu, pomijając przy tym treść prawa krajowego (to, że w dokumencie nie byłby podany termin ważności nie oznacza przecież, że taki termin nie mógłby wynikać z przepisów prawa obcego, a trudno uznać, by o primacie prawa obcego – odejściu, według Przystępującego, od zastosowania terminu z § 3 ust. 3 rozporządzenia na rzecz terminu wynikającego z prawa miejsca wystawienia dokumentu – mogło przesądzać tylko to, czy dokument podaje sam w sobie termin ważności, czy też nie). Następnie, ustalając różny termin ważności dokumentu w postaci zaświadczenia o niekaralności, przykładowo wynikający z dwóch różnych zagranicznych systemów prawnych, zamawiający musiałby odmiennie traktować wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w ramach postępowania prowadzonego według regulacji prawa polskiego. Właśnie z uwagi na potencjalne odmienności w tym zakresie, wydaje się, że wprowadzenie w przepisach rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów, jednakowego – 6 miesięcznego terminu wystawienia dokumentu – pozwala na zapewnienie równego traktowania wykonawców na gruncie prawa polskiego. Przystępujący nie wykazał przy tym z czego miałyby wynikać obowiązki nadawania primatu przepisom prawa miejsca wystawienia dokumentu i odstąpienia przez Zamawiającego od zastosowania przepisów prawa krajowego – tutaj: od zastosowania jednoznacznej treści § 3 ust. 3 rozporządzenia (gdyby Prawodawca chciał przypisać przesądzające znaczenie prawu miejsca wystawienia dokumentu mógłby w treści przepisu poczynić odpowiednie zastrzeżenie, czego nie uczynił). Obowiązek taki nie wynika ani z ustawy Pzp, ani rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, nie sposób go też wyprowadzić z innych przepisów mogących znaleźć zastosowanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (chociażby z przepisów ustawy Prawo prywatne

międzynarodowe). Jak wskazano wcześniej, w okolicznościach tej sprawy stosowanie zasady, odnoszącej się do daty wystawienia dokumentu, pozwala na jednakowe traktowanie podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia – niezależnie od tego, czy są to podmioty krajowe, czy z udziałem elementu zagranicznego.

Następnie, należy wskazać, że przepis § 3 ust 3 rozporządzenia w ogóle nie posługuje się określeniem „aktualne”. Mając na uwadze, że określenie to przypisane jest do zaświadczeń krajowych, można jednak – dla równego traktowania wykonawców – przyjmować, że także zaświadczenie organu zagranicznego musi być aktualne, przy czym ta aktualność nie powinna być postrzegana jedynie przez pryzmat terminu ważności zaświadczenia, ale przede wszystkim przez pryzmat zgodności ze stanem rzeczywistym, a więc przez pryzmat tego, czy osoba dla której wydane jest zaświadczenie pozostaje osobą prawomocnie niekaraną. W ocenie Izby nie jest uprawnionym twierdzenie, że jeżeli termin ważności zaświadczenia upłynął to oznacza to jednocześnie uchylenie domniemania aktualności zaświadczenia, a więc w istocie uchylenie domniemania niekaralności danej osoby. Gdyby tak było to w istocie dana osoba musiałaby cały czas legitymować się zaświadczeniem o niekaralności z ważnym jego terminem, by korzystać z domniemania niekaralności. Aktualności zaświadczenia nie determinuje więc sam w sobie termin ważności lecz to, czy nastąpiło prawomocne skazanie – co w tej sprawie nie zaistniało. Przykładowo zaświadczenie z polskiego KRK może pozostawać ważne co do 6 miesięcznego terminu wystawienia, co nie oznacza, że jest aktualne, aktualność tą może stracić bowiem chociażby na drugi dzień po jego wystawieniu, gdy dana osoba zostanie prawomocnie skazana. Słusznie podnosi się w orzecznictwie Izby, że zaświadczenie tego rodzaju stwierdza w istocie stan rzeczy jedynie na moment jego wystawienia.

Przystępujący podnosił, że Zamawiający może oceniać spełnienie warunków udziału w postępowaniu w oparciu o treść otrzymanych dokumentów. Wskazano, że zasada prawdy formalnej przesądza o tym, że to na podstawie otrzymanych dokumentów Zamawiający może oceniać, czy wykonawca wykazał, bądź nie wykazał spełnienie tych warunków. Należy zauważyć, że także w sytuacji złożenia zaświadczenia z polskiego KRK, zamawiający może opierać się tylko na pewnym domniemaniu jego aktualności. Sam termin ważności zaświadczenia, niezależnie jak długo sięgający w przyszłość, nie gwarantuje aktualności tego, że osoba, dla której wystawiono zaświadczenie nadal nie jest osobą prawomocnie karaną. Dopóki więc domniemanie to nie zostanie obalone – poprzez wykazanie prawomocnego skazania, a nie jedynie poprzez upływ terminu ważności dokumentu – zamawiający musi przyjmować, że cecha „aktualności” nadal przynależna jest otrzymanemu zaświadczeniu. W niniejszej sprawie przypisanie cechy aktualności otrzymanemu zaświadczeniu tym bardziej znajdowało uzasadnienie, jeżeli weźmie się pod uwagę treść tego zaświadczenia mówiącą o tym, że „Wszyscy mają obowiązek przyjęcia do wiadomości treści Zaświadczenia o

niekaralności do czasu udowodnienia karalności”. Dopiero więc udowodnienie karalności, a nie upływ terminu ważności samego zaświadczenia, jest okolicznością, którą w zaświadczeniu wskazano, jako okoliczność decydującą o aktualności zaświadczenia – a więc o jego zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy. Izba nie uznała argumentu Przystępującego, że powyższe zastrzeżenie może być skuteczne jedynie w okresie 90 dni ważności zaświadczenia. Zaświadczenie nie stwierdza, że obowiązek przyjęcia do wiadomości treści zaświadczenia o niekaralności istnieje jedynie do momentu upływu jego ważności, lecz wskazuje „do czasu udowodnienia karalności”, co może nastąpić zarówno po, jak i w trakcie okresu ważności. Ponadto, jak wskazano wcześniej, nie sposób uznać, by osoba – chcąc skorzystać z domniemania niekaralności – musiała cały czas legitymować się ważnym zaświadczeniem, a po upływie terminu jego ważności miałyby automatycznie stawać się osobą, wobec której tego rodzaju domniemanie miałyby już nie znajdować zastosowania. Abstrahując od tego, że przyjęcie tego rodzaju założenia mogłoby pozostawać w sprzeczności z fundamentalnymi zasadami polskiego porządku prawnego, wystarczy wskazać, że z treści złożonego dokumentu nie wynika, by wraz z upływem jego ważności upadało domniemanie aktualności zaświadczenia o niekaralności danej osoby – przeciwnie aktualność ta warunkowana jest udowodnieniem karalności, a nie samym upływem terminu ważności dokumentu.

Reasumując Izba nie podzieliła stanowiska Przystępującego. W tej sprawie złożone zaświadczenie było i jest aktualne – nie udowodniono jego niezgodności ze stanem rzeczywistym – a dodatkowo – co w tej sprawie szczególnie istotne, zostało ono wydane w terminie przewidzianym w § 3 ust. 3 rozporządzenia, a więc dokument ten posiada walor w zakresie potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia.

Oдноśnie zobowiązania podmiotu trzeciego to w ocenie Izby złożone zobowiązanie przyznaje wykonawcy możliwość dysponowania zasobem w pełnym zakresie niezależnie od tego, czy działa sam czy w ramach konsorcjum. Całościowa analiza treści zobowiązania wskazuje, że udostępnienie zasobu lub jego zakres nie było warunkowane tym, czy wykonawca będzie składał ofertę sam czy z innymi wykonawcami. Zasoby nie były też dzielone, czy to na wykonawcę, czy na jego konsorcjantów. W dalszej części zobowiązania wskazywano przy tym właśnie na wykonawcę (Odwołującego), co tym bardziej uprawnia wniosek, że już na podstawie tego dokumentu, Odwołujący w całości (niezależnie od tego czy będzie działał sam, czy w ramach konsorcjum) może korzystać z udzielanych zasobów na potrzeby tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto, złożone na rozprawie dowody, których wartość dowodową Izba uznała w całości, potwierdziły jednoznacznie, że wykonawca dysponuje od momentu wystawienia zobowiązania tymi zasobami w całości. Z tych też względów Izba nie uznała, by w sprawie zaistniała konieczność wzywania do złożenia kolejnego zobowiązania jedynie dlatego, że wykonawca złożył ofertę

samodzielnie. To zobowiązanie, które zostało już złożone Zamawiającemu, daje podstawę do uznania, że wykonawca może korzystać z zasobów wskazanych w treści zobowiązania, niezależnie od tego, że ofertę złożył sam i Zamawiający w oparciu o to zobowiązanie może dalej badać ofertę wykonawcy. Sam fakt, że zobowiązanie zawiera zapis o udzieleniu zasobów wykonawcy i jego konsorcjantom – co było powodem wykluczenia Odwołującego na tym etapie postępowania – nie dawał podstaw do uznania, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Inne zaś kwestie odnoszące się do zobowiązania, które Przystępujący starał się dopiero wpisać w podstawy decyzji Zamawiającego – czego Izba nie uznała – nie były i nie mogły być przedmiotem tej rozprawy.

Odnosnie odrzucenia oferty jako niezgodnej z SIWZ to Izba zauważyła, że Zamawiający nadał załącznikowi nr 2.1 zarówno charakter treści oferty, jak również charakter tzw. dokumentu przedmiotowego.

Zamawiający w treści załącznika zawarł pozycję dotyczącą roku produkcji. Pozwala to wnioskować, że brak podania tej informacji może być kwalifikowany jako niezgodność z treścią specyfikacji. Słusznie argumentował Odwołujący, że jest to omyłka, która powinna zostać poprawiona w trybie art.87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zamawiający potwierdził przy tym, że istotą wymogu nie był konkretny rok produkcji, lecz to by był to sprzęt fabrycznie nowy. Zamawiający nie precyzował też w specyfikacji konkretnego roku produkcji. Niezgodność ze specyfikacją ma więc tu wymiar bardziej formalny, niż merytoryczny, niezgodność ta nie cechuje się przy tym walorem istotności i jej poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający jest też już w posiadaniu wiedzy pozwalającej na poprawienie oferty w tym zakresie. W konsekwencji, w ramach ponownej oceny i badania ofert, Zamawiający dla formalnej poprawności powinien poprawić treść oferty Odwołującego w zakresie roczników produkcji na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Możliwość ta nie była w sumie przedmiotem sporu.

Odnosnie zaś braku podpisu na załączniku nr 2.1 to Izba uznała ostatecznie, że właśnie z uwagi na przyznanie temu dokumentowi także charakteru dokumentu przedmiotowego, co wynika z treści SIWZ, Zamawiający winien był wezwać wcześniej do jego uzupełnienia. W orzecznictwie Izby konsekwentnie przyjmuje się, że wątpliwości wynikające z treści specyfikacji należy wyklądać na korzyść wykonawcy. Nawet więc przy uznaniu, że z jednej strony Zamawiający uczynił załącznik nr 2.1. treścią ofertą, należało mieć na uwadze, że jednocześnie uczynił go tzw. dokumentem przedmiotowym, którego braki, uchybienia mogą być uzupełnianie. Z uwagi na podwójną rolę tego dokumentu konwalidacja jego braków nie mogłaby jedynie przybrać formy zmiany merytorycznej zawartości dokumentu – wówczas bowiem doszłoby do zmiany treści oferty. W okolicznościach niniejszej sprawy samo zastąpienie tego dokumentu, dokumentem tożsamym merytorycznie opatrzonym już prawidłowo podpisem (bez zmian w samej jego treści), nie oznaczałoby zastąpienia pierwotnej

treści oferty inną treścią i nie prowadziłyby to ani do zmiany treści oferty, ani do uzupełnienia oferty. Dyskwalifikowanie oferty, z uwagi na niedopatrzenie w postaci podpisania tego załącznika – który został parafowany w całości przez Wykonawcę (Izba nie miała podstaw do uznania, by parafy nie pochodziły od osoby uprawnionej do reprezentowania wykonawcy) – byłoby w okolicznościach tej sprawy podejściem zbyt formalistycznym i nieuprawnionym także ze względu na przedmiotowy charakter tego dokumentu, pozwalający na jego uzupełnienie. Izba wskazuje przy tym, że Zamawiający dysponuje już tym dokumentem, podpisanym. Bezprzedmiotowym jest więc nakazywanie jego uzupełnienia tylko z uwagi na kwestię podpisu, co sprowadziłoby się do złożenia jeszcze raz tego samego dokumentu, który już pozostaje w dyspozycji Zamawiającego. Zamawiający może więc dalej procedować i przeprowadzić ponownie badanie i ocenę ofert.

Końcowo Izba wskazuje, że potwierdzone niniejszym postępowaniem odwoławczym naruszenia przepisów ustawy Pzp, mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Tym samym spełniona została przesłanka do uwzględnienia odwołania, o której mowa w art. 192 ust. 2 Pzp.

Mając wszystko powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego. W związku z uwzględnieniem odwołania Izba obciążyła kosztami Przystępującego, który wniósł sprzeciw, i zasądziła od Przystępującego na rzecz Odwołującego zwrot kosztów postępowania poniesionych z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika (na podstawie złożonej do akt faktury VAT) – stosownie do art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b) ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: